

ATOS ADMINISTRATIVOS: elementos poder discricionário e o princípio da legalidade limites da convalidação: formas de extinção*

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Ministro Cesar Rocha, caríssimo Professor José Alfredo Baracho, querido amigo e digníssimo Professor Sérgio de Andréa Ferreira, meus amigos e estudantes de Direito.

Em homenagem ao saber e à cultura, deveríamos fazer agora 30 minutos de silêncio para que em nossas meditações, dentro deste sistema onde o homem se interioriza, nos aprofundássemos em tudo que foi dito através das palavras de Sérgio de Andréa e de nosso mestre Baracho, e começássemos uma luta para publicizar as novas idéias a respeito dos atos discricionários; publicizar não de um modo tímido, mas da mesma maneira que se faz na vida prática através da propaganda da Coca-Cola, através das propagandas comerciais, talvez até colocando *outdoor* em avenidas, mostrando a necessidade de as idéias aqui plantadas serem cultuadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente porque estamos presenciando cada vez mais, de modo muito intenso, o culto ao direito do cidadão. Já foi afirmado, e não é demais repetir, que os séculos que nos antecederam - que se voltaram para o fenômeno industrial, para o fenômeno tecnológico, para o fenômeno agrícola, o último, para o fenômeno da computação - alargaram os raios da tecnologia e, em face disso, há necessidade, para a própria sobrevivência do ordenamento jurídico integrado, que com eficácia e efetividade o século XXI se volte inteiramente para o cidadão; alguns chegam até a afirmar, por um lado transmitindo pensamentos positivos e por outro lado, talvez, até um sentimento negativo, que ou o homem ou operador do direito se volta para prestigiar o cidadão no século XXI, ou temos que pensar em um novo tipo de ordenamento jurídico para permitir



BDJur

<http://bdjur.stj.gov.br>

* Palestra proferida no 4º Seminário Nacional de Direito Administrativo, realizado em São Paulo - SP, nos dias 24 a 29.11.96, promovido pela Editora NDJ Ltda.

a sobrevivência da democracia. Não é demais dizer em palavras bem simples que o que ouvimos há pouco nas palavras de Sérgio e de Baracho foi um hino à democracia, muito mais do que isso, um hino ao cidadão. O cidadão foi colocado no cume da montanha, e lá foi visto realmente como cidadão; mas para lá permanecer, há necessidade de que o Direito o alcance, não se afaste dele, especialmente o Direito Administrativo muito mais interpretado pelo Poder Judiciário.

O que me restaria dizer sobre o ato discricionário seria uma "desomenagem" ao que aqui foi especificado. Há, muitas vezes, aspectos na vida do homem que impressionam; eu já estou impressionado por um fato que aconteceu, talvez até porque os nossos sentimentos são comuns: o Sérgio, o Baracho e eu em nenhum momento conversamos; numa programação tão ampla que nos foi oferecida pela organização técnica do Seminário, a respeito de ato administrativo nós três escolhemos para falar a respeito do ato discricionário; isso vem demonstrar a preocupação constante que existe em todos nós a respeito do tema.

Há necessidade de que essas preocupações se tornem conhecidas por todos aqueles que tenham o privilégio de se incluir no mundo jurídico, aqueles que foram chamados por Deus para que a sua inteligência seja usada em benefício da paz entre os homens.

Não se deve desconhecer que há necessidade de se repensar o Estado; não se sabe para onde iremos, em um futuro bem próximo, se o Estado não modificar os seus caminhos e se não for reestruturado. Nessa reestruturação do Estado não podemos mais aplaudir a sua posição de coercibilidade e sempre na tentativa de diminuir os direitos do cidadão, especialmente aqueles direitos já conquistados através dos séculos com base em lutas, todas elas impregnadas por profundas desigualdades. Não sabem da minha alegria quando vi Sérgio de Andréa, e não me foi surpresa nenhuma porque conheço sempre os pensamentos dele, a



defender a impossibilidade do nosso ordenamento jurídico no direito adquirido ser atingido por uma emenda à Constituição. Há três ou quatro meses, em São Paulo, em uma palestra que proferia no simpósio realizado pelo IDEC, essa mesma tese, meu caro Professor Sérgio, também foi desenvolvida e tive a alegria de receber a concordância de Michel Temer, constitucionalista que nós temos que aplaudir pelos princípios por ele lançados. No Ceará, meu caro César, V. Ex^a presenciou uma homenagem ao Ministro Jesus Costa Lima, também afirmava da impossibilidade de a emenda constitucional atingir o direito adquirido. Isso vem de encontro a uma posição que parece assentada, de modo não-unânime, em determinados bancos universitários de que a Constituição, ao ser modificada, pode atingir direito adquirido; como bem disse Sérgio de Andréa, esse direito adquirido não pode ser atingido quando se realiza através do constituinte derivado, porque este, o constituinte derivado, apenas vem para complementar aquilo que a Constituição, representada pela vontade do povo através do constituinte originário, instituiu;

chamo atenção especialmente para as mudanças que estão sendo feitas para atingir diretamente os direitos dos servidores públicos por meio de uma emenda constitucional que, a meu pensar, não vem representando os sentimentos da nação;

de modo contrário, essa emenda constitucional está indo de encontro ao sentimento da nação, que através de seus vários segmentos está se posicionando contrariamente a essa afetação aos direitos adquiridos, pela instabilidade que está criando, pelos anseios que está determinando, pela desorganização que está implantando e, muito mais do que isso, pela quebra da harmonia e da paz que está efetuando na relação jurídica do homem com o homem e na relação jurídica do homem com o Estado.

Vive-se hoje um clima de intranquilidade, de desmobilização da paz do homem público, do homem servidor público, desmobilização daquele sentimento de tranquilidade que começa a ser atingido a partir do seu próprio ambiente familiar, criando para ele um futuro incerto, e, nós sabemos, basta abrirmos a nossa Constituição Federal a partir de seu preâmbulo e, através de seus princípios "superfundamentais", a hierarquização dos princípios, para verificarmos que não é essa missão que está posta no escrito da Carta Maior. Observamos que, como "superprincípios", princípio dos princípios, temos tanto no preâmbulo como também nos arts. 1º e 3º a pregação constitucional, o nosso querer, a vontade manifesta da nação de que é missão do Estado a garantia da paz, da harmonia, não somente a harmonia interna como também externa; é necessário reler os artigos porque eles são amplamente conhecidos e cultivados dentro do espírito de todos nós e não cultivados por aqueles responsáveis pela direção dos nossos destinos. Estou abandonando por inteiro o roteiro que estabeleci para o trato do ato discricionário porque aqui de um modo muito melhor foi dito pelos mestres que me antecederam; apenas vou me referir - porque merece todo meu apoio o conceito colocado pelo Sérgio de Andréa, invocando os ensinamentos de Leon - a que a medida provisória é um ato administrativo com força de lei surgido em razão de conveniência e oportunidade unicamente do Sr. Presidente da República, que expede quando bem acha conveniente, quando bem acha oportuno, com base em princípios fluidos, com base em sentimentos administrativos fluidos como que seja de utilidade pública, ou que seja de ordem pública, ou que seja de necessidade pública; e quando nós temos concebido a medida provisória como sendo um ato puramente de natureza legislativa, concepção errônea a partir de sua instituição em nosso sistema, ela então vem sendo submetida ao controle do Poder Judiciário, quando há extrapolação dos seus limites ou, como bem o disse o Professor Alfredo Baracho, quando ela fere, quando ultrapassa os princípios da



racionalidade, os princípios da proporcionalidade, os princípios do bem-estar, ou procura atender unicamente a interesses privados do administrador, observamos que a medida provisória como ato administrativo com força de lei tem alcançado um cultivo muito profundo pelo Poder Executivo; surgiu uma crise afeta à medida provisória e uma reação; observe-se que da própria Carta constitucional, através de suas emendas, já estamos registrando restrições ao uso da medida provisória; basta que nos vinculemos ao que diz a Emenda Constitucional nº 6, cujo estudo está passando, no meu entender, um pouco despercebido e não está sendo cultivado por quem deveria fazê-lo. Diz a Emenda nº 6, em seu art. 2º:

Fica incluído o seguinte art. 246 no Título IX - 'Das Disposições Constitucionais Gerais'. 'Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995'.

Qualquer emenda à Constituição a partir de 1995, pela nova redação ao art. 246, não poderá ser objeto de emenda provisória nem sequer para regulamentá-la;

vejam que estamos testemunhando o nascimento de um movimento para o desaparecimento da medida provisória em nosso ordenamento jurídico;

as outras emendas constitucionais, a nº 7 e a nº 8, valorizam tanto esse princípio que chegaram a repeti-lo desnecessariamente. A Emenda nº 8 repete, diz que "É vedada a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inc. XI do art. 21 com a redação dada por esta emenda constitucional", dispositivo que não havia mais necessidade de ser inserido em face da regra, hoje, do art. 246, em face da Emenda Constitucional nº 6.



Feitas essas observações, vou dedicar o tempo que me resta a trazer ao conhecimento e discutir a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao controle do ato discricionário. Há uma pesquisa de mais de sessenta situações que bem demonstram essa evolução e que no meu sentir ainda é tímida na parte do Poder Judiciário, em razão de não estar ainda bem familiarizado com todos esses pensamentos que aqui foram tão magnificamente expostos pelo Professor José Alfredo Baracho, especialmente porque são pensamentos relativamente novos em campo de Direito, não obstante já terem 10 ou 15 anos, e não têm ainda alcançado alargamento de publicidade a seu respeito; em forma de síntese, puxamos para discussão um acórdão do Supremo Tribunal Federal que me impressionou profundamente e que bem demonstra o que hoje está tendente a ser assentado naquela alta Corte; a ementa do acórdão é a seguinte: "Tribunal de Contas - nomeação de seus membros em Estados recém-criados -, natureza do ato administrativo, parâmetros a serem observados - ação popular desconstitutiva dos atos". Observe-se que estamos no ato discricionário, um ato administrativo discricionário de natureza também política, em face da complexidade que o envolve. "Tribunal de Contas do Estado de - em homenagem ao Estado não mencionado -, movimento do cargo de conselheiros; a nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, inc. II, das Disposições Gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, § 1º, da Constituição Federal. Notório saber - temos aí um conceito fluido, elástico, não temos um conceito determinado do que seja notório saber - inc. III, art. 235, e inc. III, § 1º, do art. 73 da Constituição Federal. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar". Destaco a necessidade de se meditar a respeito desta expressão assentada em entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, necessidade de um mínimo de pertinência



entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. "Precedente histórico, parecer de Barbalho e decisão do Senado, ação popular; a não-observância de requisitos que vinculam a nomeação enseja a qualquer do povo sujeitá-la a correção judicial - vejam bem, a qualquer do povo é uma expressão da cidadania que atua via ação popular. Com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa, recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação". Na época contemporânea, penso que temos um caso líder no Supremo Tribunal Federal, fazendo aplicação bem ampla do princípio da moralidade administrativa, hoje posto no art. 37 da Constituição Federal, e partindo do entendimento de que em tais circunstâncias esse ato administrativo tem que, na indicação do conselheiro, este conselheiro se apresentar pelo menos com o mínimo de pertinência daquilo que é exigido como sendo notório saber para o exercício do cargo. Este acórdão me vem às mãos em face de recurso especial que julguei, embora não tenha entrado no mérito, porque se tratava de um mandado de segurança, e a Turma, à unanimidade, acolheu meu voto de que não era via própria para cuidar do assunto quando se examinou a indicação de um Conselheiro do Tribunal de Contas cujo título maior de notório saber era ser formado em "divindade" - creio que ele iria, no Tribunal de Contas, julgar as "contas de Deus", as "contas de São Pedro", a "prestação de contas de São José"; não sei quem é o "ordenador de despesas das contas de Deus", não sei ainda, precisamos estudar; Deus deve ter designado um "ordenador de despesas" para as suas "contas", talvez Santa Edwirges, que é padroeira dos endividados.

Então não foi bem verdade que não se penetrou no mérito desse julgamento em face de ter ficado na preliminar e o mandado de segurança não teve curso, pois a via própria, no entender da Turma, que foi, que caberia uma ação popular. Poderíamos discutir outros aspectos, não somente relativos a este acórdão e a este fato, mas outros relativos a essas decisões aqui postas. Outro acórdão que trago para discussão é



referente também ao Supremo Tribunal Federal, no que diz o seguinte: "Mandado de segurança - Revogação do ato de desapropriação. Sua possibilidade por inexistência de direitos subjetivos do expropriado; a declaração da utilidade pública para fins de desapropriação é sem dúvida atribuição discricionária do poder público e por igual a retratação". Temos que meditar a respeito desse acórdão, quando fala que a declaração da utilidade pública para fins de desapropriação é sem dúvida atribuição discricionária do poder público;

temos que meditar porque, mais uma vez. temos a expressão utilidade pública empregada com sentido indeterminado, porque nem sempre a declaração de utilidade pública é realmente uma declaração de utilidade pública - muitas vezes, no fundo, ela visa atingir o interesse privado.

Outro acórdão, também do Supremo Tribunal Federal, é referente ao funcionário público estatutário e enquadramento em novo plano de carreira, que assim está dito, "A administração pública, observados os limites ditados pela Constituição Federal, atua de modo discricionário ao instituir o regime jurídico de seus agentes e elaborar novos planos de carreira, não podendo servidor a ela estatutariamente vinculado invocar direito adquirido para reivindicar enquadramento diverso daquele determinado pelo poder público com fundamento em norma de caráter legal". Na obra do Professor Ivan, isso é demonstrado; ele também defende essa posição de que o servidor público não tem direito ao enquadramento, em face de o enquadramento ser um ato vinculado à competência discricionária. Temos que observar que essa competência discricionária do poder público deve estar vinculada àqueles princípios, aqui defendidos, da razoabilidade, da racionalidade, do bem-estar, da proporcionalidade, e não como muitas prefeituras municipais estão fazendo, modificando a relação jurídica do servidor público ou propondo um novo enquadramento unicamente para atender aos



"afilhados" políticos, para fazer com que os novos colaboradores da campanha política sejam premiados com aquele novo enquadramento. Por último, queria voltar ao aspecto ainda do controle da discricionariedade e apenas deixar uma pergunta para todos nós: especialmente no campo da conveniência e da oportunidade, é possível o Poder Judiciário controlar, no momento atual, em face de toda essa filosofia adotada para a nova teoria geral do ato discricionário, a posição do governo em que com base na conveniência e na oportunidade determina, emprega bilhões de reais para salvar os bancos e não toma a mesma atitude para a saúde pública, para a educação, para a segurança pública? Não será momento para o Poder Judiciário ser chamado a se pronunciar a respeito? Será possível que continuemos de mãos atadas presenciando 58 crianças morrerem no meu querido Estado do Ceará, 98 velhinhos morrerem no Estado do Rio de Janeiro, os nossos jovens serem trucidados nas praças públicas por ausência de segurança pública? Os nossos cidadãos, os nossos irmãos, os nossos pais, as nossas esposas, os nossos netos, as nossas netas, com medo, todos encarcerados e não temos uma medida para forçarmos o Poder Executivo a empregar as suas verbas ao controle específico, à prática específica de atos administrativos de tal natureza? Penso que se não for criada essa situação, não valerá a pena continuarmos a ser Poder Judiciário; penso que, no que foi desenvolvido como lição maior pelo querido Professor Baracho, temos elementos, temos caminhos hoje aqui demonstrados, para que o Poder Judiciário seja provocado a respeito e que possa exercer o controle não da administração, mas que possa exercer as suas atribuições constitucionais, para que as atividades administrativas se desenvolvam vinculadas à democracia, e só podemos pensar em democracia quando o ato administrativo é desenvolvido em benefício do cidadão.

Muito obrigado.

